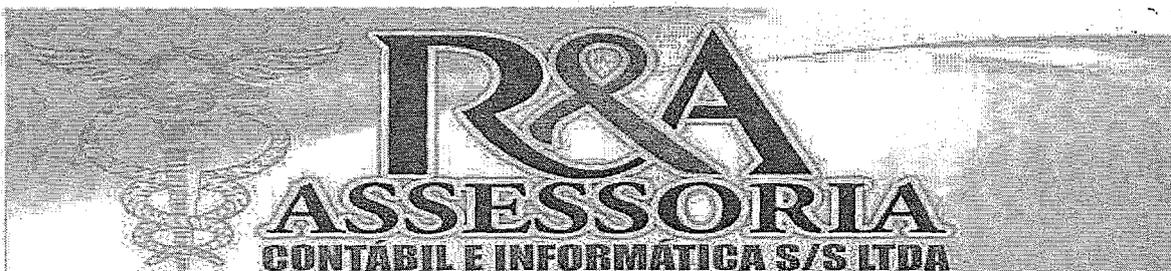


GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

45

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Tomada de Preços nº 2021.10.25.2



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA
PREFEITURA MUNICIPAL DE FARIAS BRITO ESTADO DO CEARÁ.

TOMADA DE PREÇOS Nº 2021.10.25.2.

R & A ASSESSORIA CONTABIL, SERVIÇOS E INFORMATICA S/S LTDA - ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 13.075.241/0001-41, com sede na Rua Frei Cassiano, nº 1247, Bairro São Sebastião, Itapipoca - CE, CEP: 62.508-205, por seu representante legal, Sr. ANASTACIO FEITOSA VIANA JUNIOR, brasileiro, casado, empresária, portador da cédula de identidade nº 301274296 SSP/CE, inscrita no CPF sob nº 632.073.973-87, residente e domiciliado à Rua Frei Cassiano, nº 1247, Bairro São Sebastião, Itapipoca - CE, CEP: 62.508-205, ao final assinado, com a devida vênua, vem, à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar:

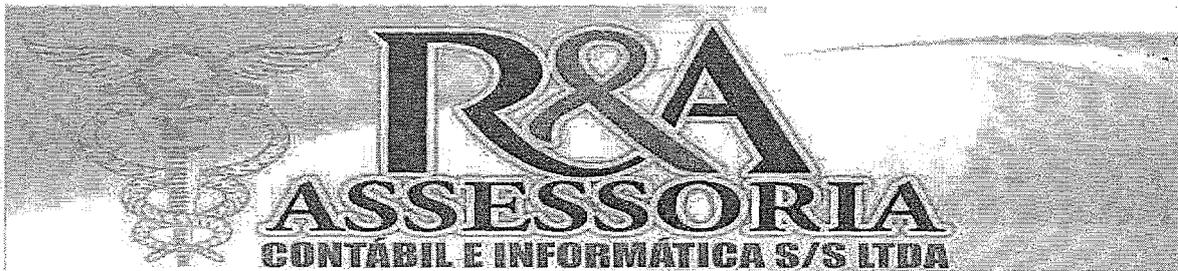
IMPUGNAÇÃO AO EDITAL Nº 2021.10.25.2

Com fundamento no art. 18, do Decreto n.º 5.450/2005 c/c item 18 e subitens seguintes do instrumento convocatório impugnando, pelos motivos de fatos e fundamentos a seguir declinados:

DOS FATOS

Conforme o Edital, foi agendado para o dia 11 de novembro de 2021, às 09h00min, para ocorrer o certame de Tomada de Preços nº 2021.10.25.2.

RUA FREI CASSIANO - Nº. 1247 – BAIRRO SÃO SEBASTIÃO - ITAPIPOCA-CE
CEP: 62.508-205 – CNPJ: 13.075.241/0001-41 – INSC. MUN - 32.190
E-mail: reaassessoriacontabil1980@gmail.com



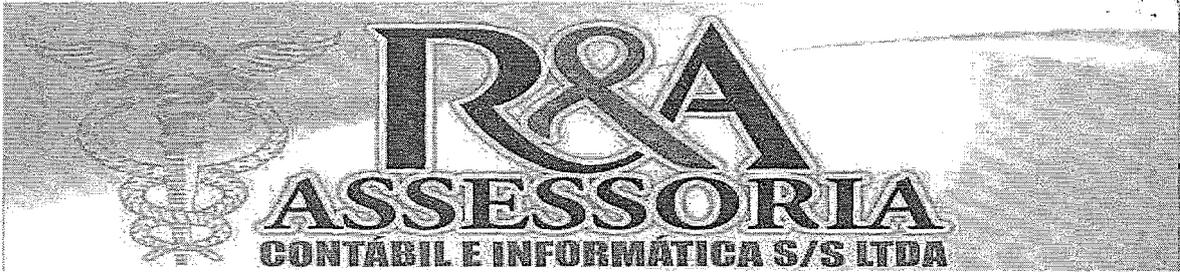
A licitação tem como objeto: contratação de empresa especializada para prestação dos serviços técnicos nas atividades de apoio a gestão em saúde, organização e acompanhamento dos instrumentos de planejamento em saúde, com acompanhamento dos programas e projetos e apoio a captação de recursos, documentos oficiais e treinamento aos gestores e profissionais da saúde na alimentação de sistemas: de informação inerentes ao :Fundo Municipal de Saúde. de Farias Brito/CE, conforme especificações apresentadas no Anexo 1 deste Edital Convocatório.

DO CONTEÚDO ILEGAL DO ATO

Imperioso observar-se, o item 3.1 D) D.1 que trata de DA HABILITAÇÃO e mais precisamente, quesito relativo à "QUALIFICAÇÃO TÉCNICA", Comprovação de aptidão para desempenho de atividade- pertinente e compatível em características; quantidades .e prazos com o objeto da licitação, sendo esta feita mediante a apresentação de atestado técnico fornecido por pessoa jurídica de direito público;

DO EQUÍVOCO DO EDITAL, E DA INADEQUAÇÃO DOS DISPOSITIVOS À LEGISLAÇÃO QUE REGULAM A ESPÉCIE

Esta pode ser considerada a síntese da finalidade da licitação, produto da interpretação combinada do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal Brasileira com o art. 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 8.666/93, cujos respectivos teores a Impugnante ora transcreve:



XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



Assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, são ações que a um só tempo satisfazem tanto o interesse dos licitantes quanto o interesse público, consistente na capacidade de contratar e empregar bem o dinheiro público.

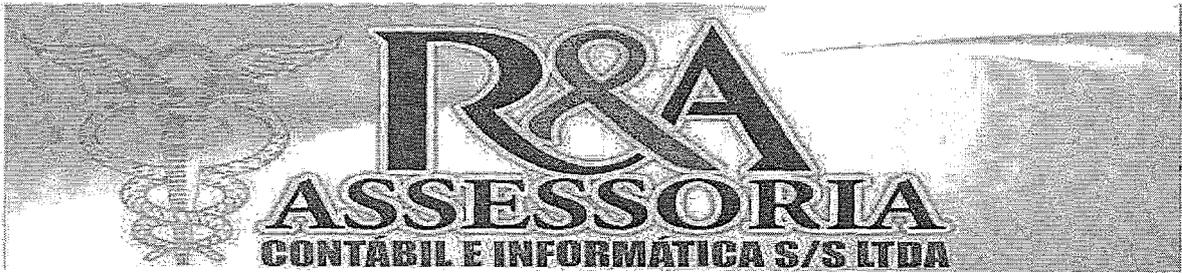
Um dos princípios que regem o processo de Licitação é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entretanto não menos verdade é que ele não é o único, nem o mais importante princípio do sistema licitatório, tampouco goza de supremacia ou qualquer hierarquia em relação aos demais princípios informadores.

Um dos princípios que regem o processo de Licitação é o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, entretanto não menos verdade é que ele não é o único, nem o mais importante princípio do sistema licitatório, tampouco goza de supremacia ou qualquer hierarquia em relação aos demais princípios informadores.

A interpretação dos fatos e a solução das controvérsias devem sempre ser realizadas com especial atenção aos fins visados pela ordem jurídica ou pela própria norma de regência do instituto jurídico pertinente.

Para que o exame se faça adequadamente, deve se ter em mira a efetiva finalidade do instituto - e nesse caso o instituto referido é o da licitação - para que se avalie o fim pretendido e se busque a interpretação que mais se mostre consentânea ao objetivo perseguido, ainda que isso requeira a mitigação deste ou daquele princípio por parte do intérprete.

Pondo os olhos no sistema jurídico licitatório tem-se nítida a finalidade precípua da licitação, consistente na possibilidade de selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública.



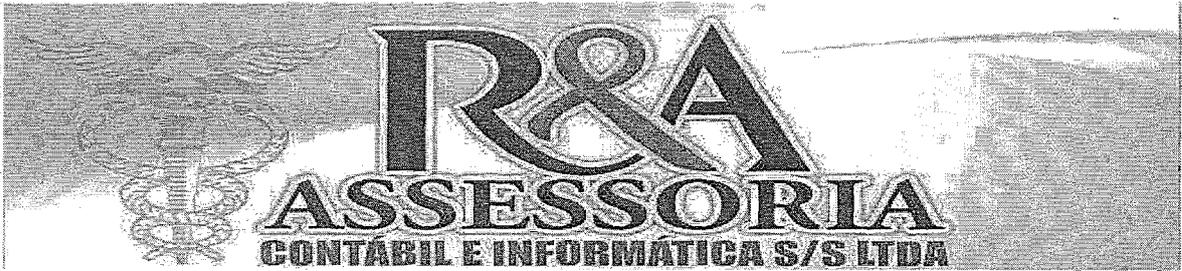
A seleção dessa proposta mais vantajosa pressupõe, entretanto, uma série de outras ações.

Nesse sentido, tem-se que medidas que impliquem ampliação da disputa, afastamentos de formalismos exagerados, condutas razoáveis e proporcionais, são medidas que favorecem a Administração e, conseqüentemente, favorecem ao próprio interesse público, porquanto se subsumem às normas jurídicas e com os princípios que lhes dão suporte.

Vê-se, com isso, que se de um lado uma decisão pode ser orientada pelo princípio da vinculação obrigatória ao instrumento convocatório, outra decisão pode - e deve - ser orientada pelos princípios da competitividade, da economicidade, da proporcionalidade, do interesse público.

Com efeito, enquanto a preferência da aplicação do princípio da vinculação obrigatória ao instrumento convocatório leva a uma decisão que restringe a disputa e reduz a possibilidade de a Administração conseguir selecionar a proposta mais vantajosa, a aplicação dos princípios da competitividade, da economicidade, da proporcionalidade, do interesse público, conduzem a uma solução que amplia a disputa, aumenta o número e a qualidade das propostas e, conseqüentemente, favorece a realização da finalidade da licitação consistente na seleção da proposta mais vantajosa e na celebração do contrato que melhor atende ao interesse público.

Não se trata, portanto, de negar validade ao princípio da vinculação obrigatória ao instrumento convocatório, porquanto se o reconhece como princípio da mais alta relevância, mas sim de empregar-lhe a interpretação mais consentânea diante da finalidade da licitação.



Conquanto as regras procedimentais devam ser seguidas, até para assegurar a isonomia entre os licitantes, não menos verdade é que o procedimento e o processo não podem se transformar no próprio fim da licitação, mas sim apenas em meio para sua realização, mantendo-se como instrumento tão somente.

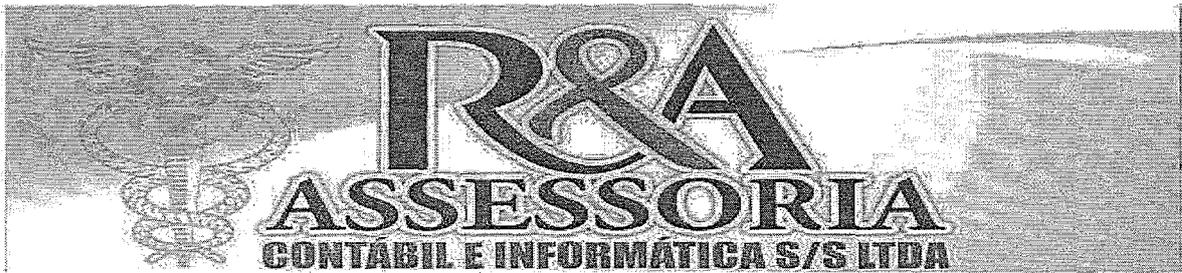
Hely Lopes Meirelles define habilitação ou qualificação como sendo "o ato pelo qual o órgão competente, examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os" (Licitação e Contrato Administrativo, 7. Ed., Revista dos Tribunais, p. 106).

Maria Adelaide de Campos França, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contrato", p. 113, diz:

"Qualificação técnica, por sua vez, é definida pelo citado mestre como conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. "

No entanto, cabe-nos informar que o teor dos artigos 27 a 29 tratam dos requisitos essenciais para dar início à um processo licitatório; no entanto, o artigo 30 dispõe sobre qual a documentação é pertinente para a comprovação da habilitação técnica, a seguir:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:



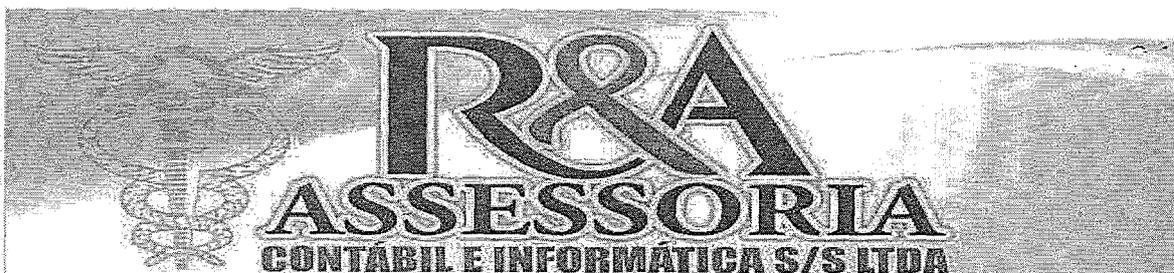
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados

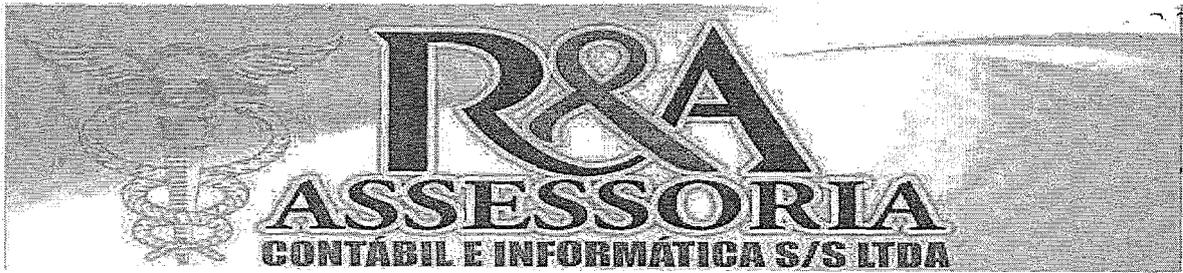


fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Logo, com a análise do referido artigo 30 é clara a possibilidade do Órgão exigir o atestado de capacidade técnica, no entanto, a própria lei de licitação veda qualquer exigência de declaração ou atestado que extrapole as determinações em lei.

É evidente que no presente caso, a competitividade e consequente participação entre as empresas será prejudicada em



razão desta limitação quanto a exigencia somente de atestado PÚBLICO, e sim tabme privado como diz na leix.

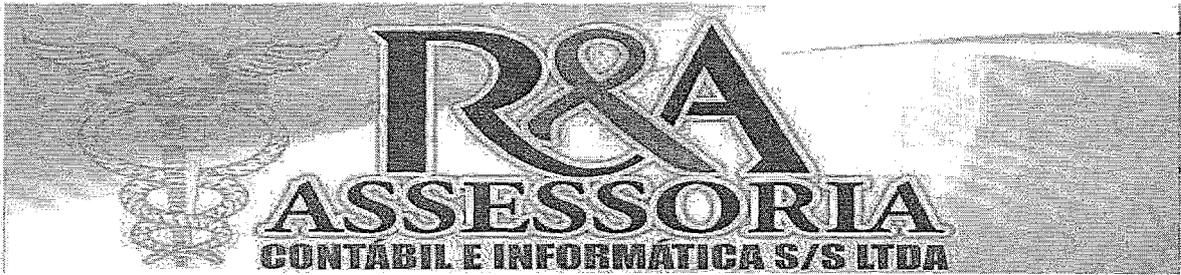
Assim, tendo a lei estabelecido as exigências e condições a serem cumpridas pelos licitantes, não pode o Edital pretender a instituição de obrigação não prescrita pelo legislador, sob pena de manifesta afronta ao princípio da legalidade e, consequente, contaminação do procedimento licitatório respectivo.

Ainda que a **PREFEITURA MUNICIPAL DE FARIAS BRITO**, suscitasse a existência de qualquer norma interna para justificar a legalidade da apresentação do comprovante requerido, o argumento não merece guarida, pois deve ser de conhecimento do próprio órgão, que uma norma interna, não pode prevalecer sobre uma legislação federal, como é o caso das leis 8.666/1993.

A respeito, o ilustre José Augusto Delgado manifestou se:

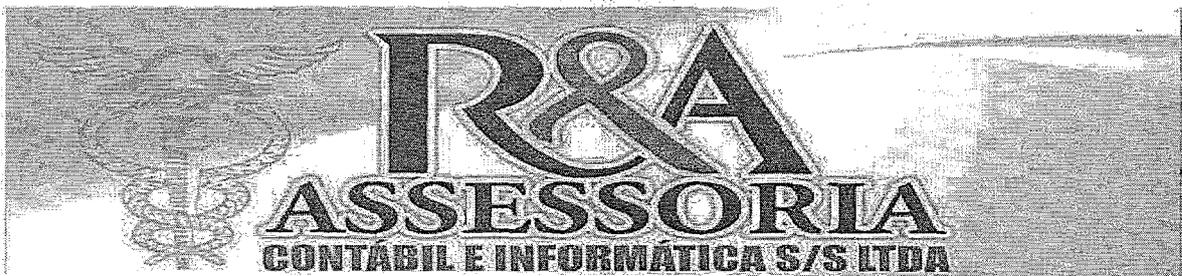
"Deve observar, apenas, que no âmbito da legislação concorrente (ou vertical) há uma hierarquia de normas: a lei federal tem prevalência sobre a estadual e municipal, e a estadual sobre a municipal." (DELGADO, José Augusto. Direito Ambiental e Competência Municipal in Revista Forense)

Caso fosse admitida a hipótese de validade de uma norma interna do **SERVIÇO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS** haveríamos de entender que as duas normas federais apontadas são inconstitucionais ou invalidas, o que por obvio não é o caso.



MANDADO DE SEGURANÇA. REGULARIDADE FISCAL PARA CREDECIMENTO E RECREDECIMENTO DE IES E PARA RECONHECIMENTO DE CURSO SUPERIOR. ILEGALIDADE. DECRETO QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DA LEI. MEIO COERCITIVO INDIRETO PARA COBRANÇA DE TRIBUTOS.

I - "1. Nem a Lei 9.394 /96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação) nem a Lei 9.870 /99, que estabelece os requisitos para credenciamento das instituições de Ensino, fazem exigência de comprovação de regularidade fiscal para autorização, reconhecimento, renovação ou reconhecimento de cursos. 2. Não pode um decreto, que tem por finalidade instrumentalizar a aplicação da legislação, instituir tal obrigação, sob pena de extrapolar os limites de sua finalidade e, por consequência, desrespeitar o princípio da legalidade. 3. A súmula n° 70 do eg STF dispõe: "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo." (AC 0027610-84.2005.4.01.3400/DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.184 de 21/11/2013). II - Apelação e remessa oficial não providos.



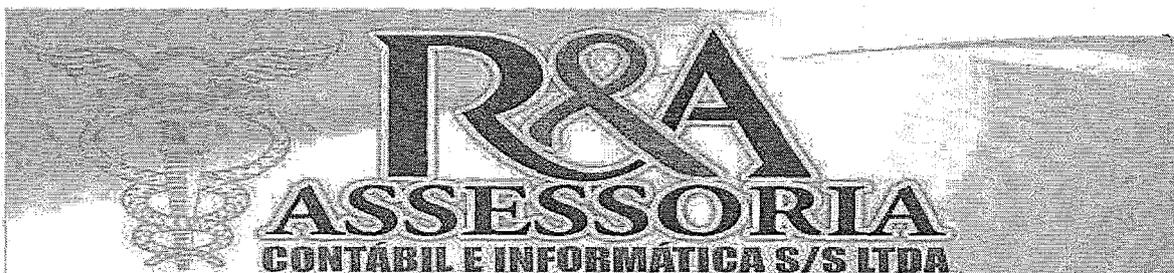
Se os apontamentos citados acima já não fossem suficientes para que a referida exigência fosse reformulada e também incluída **ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA DE DIREITO PUBLICO OU PRIVADO** no mencionado edital, ainda cabe questionamento sobre a competência para legislar sobre a matéria, pois conforme determina a Constituição Federal, a competência é exclusiva da União, ou seja:

Art. 22 - Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII - Normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades para as administrações públicas diretas, autarquias e fundacionais, obedecido o disposto no art. 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Dessa forma, a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica somente de direito **PÚBLICO**, nos termos do edital, constitui-se em excesso de formalismo que não deve ser prestigiado, tendo em vista que a própria legislação que regula o procedimento licitatório exige das duas formas **PÚBLICO OU PRIVADO**.

A Administração deve sempre preservar seus interesses quando exigir, no Edital, a apresentação de documentação. Deve sempre lembrar que a finalidade do processo licitatório, dentre outras, é dirigida à seleção da proposta mais vantajosa à Administração e ao interesse coletivo.



Não podemos deixar de considerar, ainda, o Princípio da Legalidade protegido pelo inciso II do artigo 5º da Constituição Federal que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei".

O Princípio da Legalidade possui atividade totalmente vinculada, ou seja, a autoridade administrativa não tem liberdade para praticar atos ou impor condições a apresentação de documentos que não estão estabelecidos na Lei de Licitações.

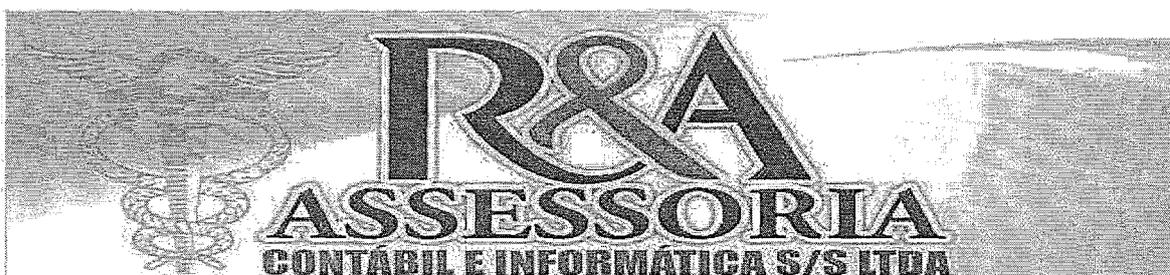
Desse modo, a Impugnante requer que a redação do Edital seja harmonizada com essa realidade da legislação, de modo que não venha à contrariá-la.

DO PEDIDO

Assim, é esta para requerer digne-se Vossa Senhoria, revendo o próprio ato, julgar procedente as razões acima colacionadas, e reformá-lo, incluindo o **ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA FORNECIDA POR PESSOA JURIDICA DO DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO**.

Requer ainda que seja feita um adendo ao **EDITAL**, Inserindo a alteração aqui pleiteada, reabrindo-se o prazo inicialmente previsto, conforme § 4º, do art. 21, da Lei nº 8.666/93, caso não seja atendido de imediato reformando o ato, para que não haja impugnações judiciais que atrapalhem o bom andamento da Administração.

Caso os pedidos ora formulados não sejam atendidos, nada mais nos restará senão, a tomada das medidas cabíveis e o ingresso na esfera judicial para resguardar os interesses da Minha



Empresa. Exercendo assim o nosso múnus público, que se define na fiscalização do exercício da profissão do administrador (a) ou contador (a) e na garantia da boa, correta e legal prestação desses serviços à sociedade em geral.

Sem mais para o momento, renovamos nossos votos da mais elevada e estima consideração de estirpe.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Itapipoca-CE, 05 de Novembro de 2021.

**ANASTACIO
FEITOSA VIANA
JUNIOR:632073
97387**

Assinado de forma digital por
ANASTACIO FEITOSA VIANA
JUNIOR:63207397387
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=AC
SOLUTI Multipla v5,
ou=20937130000162,
ou=Videoconferencia, ou=Certificado
PF A3, cn=ANASTACIO FEITOSA
VIANA JUNIOR:63207397387
Dados: 2021.11.05 07:25:46 -03'00'

Anastácio Feitosa Viana Júnior

Proprietário

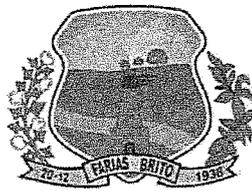
CRC: CE-017038/O-8

CPF: 632.073.973-87

RUA FREI CASSIANO - Nº. 1247 – BAIRRO SÃO SEBASTIÃO - ITAPIPOCA-CE

CEP: 62.508-205 – CNPJ: 13.075.241/0001-41 – INSC. MUN - 32.190

E-mail: reaassessoriacontabil1980@gmail.com



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Tomada de Preços nº 2021.10.25.2



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

60

RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

PROCESSO REF. TOMADA DE PREÇOS Nº 2021.10.25.2

OBJETO: *Contratação de empresa especializada para prestação dos serviços técnicos nas atividades de apoio a gestão em saúde, organização e acompanhamento dos instrumentos de planejamento em saúde, com acompanhamento dos programas e projetos e apoio a captação de recursos, documentos oficiais e treinamento aos gestores e profissionais da saúde na alimentação de sistemas de informação inerentes ao Fundo Municipal de Saúde de Farias Brito/CE.*

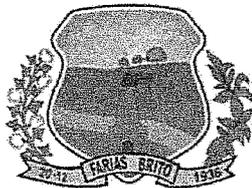
TRATA-SE de impugnação formulada ao Edital da **TOMADA DE PREÇOS** acima mencionada, pela empresa **R & A ASSESSORIA CONTABIL, SERVIÇOS E INFORMATICA S/S LTDA - ME**, pessoa jurídica de direito privado, sediada à Rua Frei Cassiano, nº 1247, Bairro São Sebastião, Itapipoca – CE, inscrita no CNPJ Nº 13.075.241/0001-41, por intermédio de seu representante legal, pelos motivos abaixo expostos.

1. DA ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO

Segundo o art. 41, § 1º e § 2º da Lei Federal 8.666/93, o prazo para impugnação do edital por qualquer cidadão é de até 05 dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão, vejamos:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

61

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso."

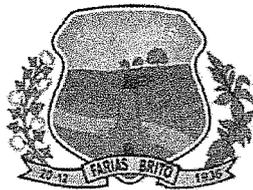
A par dos regramentos de admissibilidade acima explicitados, em sucinto exame preliminar acerca do pedido de impugnação formulado, tem-se que:

- 1.1 **TEMPESTIVIDADE:** A data de abertura da sessão pública do certame conforme Edital Convocatório fora marcada originalmente para ocorrer em **11 de novembro de 2021**, conforme publicações constantes em sítio eletrônico. Assim, de acordo com a legislação vigente, a impugnação fora apresentada **TEMPESTIVAMENTE**, na data de **05 de novembro de 2021**.
- 1.2 **LEGITIMIDADE:** Entende-se que qualquer pessoa interessada pode oferecer impugnação ao edital, de acordo com o art. 41, § 1º da Lei Federal 8.666/93, desde que tempestivo e que seja classificada como pessoa física ou jurídica;
- 1.3 **FORMA:** a impugnação fora formalizada **em conformidade** com o ordenamento jurídico vigente e Edital Convocatório.

Conclui-se que, com base nos requisitos legais pertinentes, a impugnação ao Edital apresentada deve ser **RECEPCIONADA** por esta Comissão de Licitação.

2. DAS ALEGAÇÕES DA PETICIONANTE

A impetrante apresentou impugnação ao Edital, alegando, em síntese que há irregularidades nas exigências da habilitação no tocante à "QUALIFICAÇÃO TÉCNICA", pois se exige a comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características;



quantidades e prazos com o objeto da licitação, sendo esta feita mediante a apresentação de atestado técnico fornecido por pessoa jurídica de direito público, pelos fundamentos expostos a seguir:

Dessa forma, a exigência de apresentação de atestado de capacidade técnica somente de direito PÚBLICO, nos termos do edital, constitui-se em excesso de formalismo que não deve ser prestigiado, tendo em vista que a própria legislação que regula o procedimento licitatório exige das duas formas PÚBLICO OU PRIVADO.

A Administração deve sempre preservar seus interesses quando exigir, no Edital, a apresentação de documentação. Deve sempre lembrar que a finalidade do processo licitatório, dentre outras, é dirigida à seleção da proposta mais vantajosa à Administração e ao interesse coletivo.

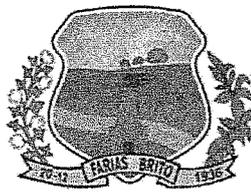
Diante o exposto, **requer** a modificação dos termos do Edital Convocatório para incluir o que segue: **"ATESTADO DE CAPACIDADE TECNICA FORNECIDA POR PESSOA JURIDICA DO DIREITO PÚBLICO OU PRIVADO"**.

3. DA ANÁLISE DO PEDIDO

A referida impugnação fora **DEVIDAMENTE ANALISADA** por esta Comissão de Licitação, que passa a manifestar sua decisão:

3.1 - DA POSSIBILIDADE DE EXIGIR ATESTADO COMPATÍVEL COM O OBJETO LICITADO - OBJETO ESPECÍFICO PARA ÁREA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO NA ÁREA DE DIREITO PRIVADO:

O certame em questão tem por objeto: *Contratação de empresa especializada para prestação dos serviços técnicos nas atividades de apoio a gestão em saúde, organização e acompanhamento dos instrumentos de planejamento em saúde, com acompanhamento dos programas e projetos e apoio a captação de recursos, documentos oficiais e treinamento aos gestores e profissionais da saúde na alimentação de sistemas de informação, objeto este voltado para a gestão de saúde pública.*



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

63

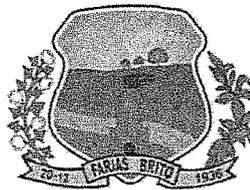
Diante das alegações formuladas pela empresa, esta pugna pela alteração da exigência contida no Edital Convocatório quanto à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, sendo esta feita mediante a apresentação de atestado técnico fornecido por pessoa jurídica de direito público.

Porém, a exigência do referido comprovante junto ao setor público, justifica-se pela especificidade do objeto, o qual somente se faz possível a execução, no âmbito do direito público, vejamos o detalhamento dos serviços a serem prestados:

3. ESPECIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS

- 3.1. Prestação de serviços técnicos especializados nas atividades de apoio a gestão em saúde com ênfase na melhoria das ações e serviços públicos de saúde, bem como, na captação de recursos de Emendas parlamentares e dos programas do Ministério da Saúde e Secretaria de Saúde do Estado;
- 3.2. Suporte *in loco*, tele consultoria e canal de atendimento por mensagens eletrônicas, para suprir as demandas pertinentes à execução do objeto, conforme realidade e necessidade local;
- 3.3. Apoio *in loco* junto às prestações de contas dos Relatórios Quadrimestrais e Relatório Anual no Conselho Municipal de Saúde e em Audiências Públicas;
- 3.4. Alimentação e monitoramento dos Instrumentos de Planejamento em Saúde no "DigiSUS Gestor";
- 3.5. Monitoramento da alimentação do Sistema SISMOB com acompanhamento junto ao setor responsável na construção, ampliação ou reforma de equipamentos da saúde;
- 3.6. Monitoramento e Avaliação do processamento de alimentação dos Sistemas de Informação em Saúde (SIA-SUS (RAAS, BPA e QFPO)/Hospitalar (SISAIH e SIHD)/SCNES/e-SUS APS/ CADSUS/HÓRUS/ EGESTORAB/SIM/ SINASC e SINAN);
- 3.7. Apoio na elaboração dos instrumentos de planejamento em gestão (Plano Municipal da Saúde - PMS, Programação Anual de Saúde - PAS e Relatório de Prestação de Contas Quadrimestrais e Relatório Anual de Saúde - RAG);
- 3.8. Manutenção da Programação Pactuada Integrada - PPI local e de referência;
- 3.9. Pactuação e monitoramento da execução dos projetos de cirurgias eletivas estaduais e federais;
- 3.10. Treinamento aos gestores na alimentação dos Sistemas de Informação em Saúde.

Isto posto, fica evidente que o serviço angariado pela municipalidade, em sua totalidade, é voltado para ações junto à Secretaria Municipal de Saúde, com serviços exclusivamente voltados para o âmbito público, o que, por si, já se faz suficiente para demonstrar a necessidade do município contratar empresa com capacidade técnica compatível com a finalidade do objeto.



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

64

Evidencia-se, portanto, que o Edital, na forma como publicado, garante a segurança jurídica do futuro Contrato Administrativo dos serviços objetivados, que deverão ser executados por profissionais com conhecimento especializado e comprovada experiência prévia nas operações a serem realizadas.

Desta forma, inequívoca a necessidade de que os licitantes possuam experiência singular, pois o serviço a ser prestado é próprio das pessoas jurídicas de direito público e não de direito privado.

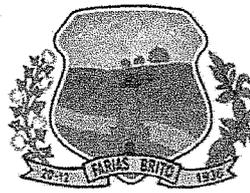
Considerando, pois, que a intervenção da empresa contratada depende de capacitação diferenciada com prévio conhecimento nos serviços dispostos no Termo de Referência, que envolvem a administração pública e não empresa privada, em face das especificidades dos serviços que serão prestados, comprova-se que o Edital de Tomada de Preços nº 2021.10.25.2 está em consonância com o disposto no Estatuto das Licitações.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, citado à fl. 69, a habilitação:

“consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública.”

Vislumbra-se, portanto, que as exigências conferidas no Edital estão de acordo com a natureza do objeto a ser contratado pela administração. Não há excessos relacionados ao pedido de declaração, comprovação ou certidão emitida por pessoa jurídica de direito público, seja direta ou indireta.

Para melhor elucidar o disposto acima, trazemos à baila o exemplo da REP-12/00196985, referente à Tomada de Preços nº 005/2012, lançada pela Secretaria de Estado da Fazenda (*cópia em anexo*), para o qual fora julgado improcedente o pedido em sentido equivalente ao pugnado, pelos fatos e fundamentos ora postos, que seja a especificidade dos serviços a serem contratados, justificando a exigência combatida pela peça impugnatória.



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

65

A seu turno, inexistente qualquer ilegalidade na exigência de experiência anterior, em face da complexidade do objeto, na forma já demonstrada. Nesse sentido, é a doutrina de Marçal Justen Filho:

“Não se comete violação ao art. 30, II da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.”

Prossegue o renomado Mestre:

“... Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação.

(...)

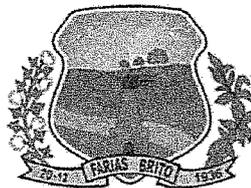
Daí segue que a Administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeitos de exigência da experiência anterior.”

Ademais, a exigência de prévia experiência dos serviços a serem executados não frustra o caráter competitivo do certame, pois qualquer empresa que já tenha prestado o objeto especificado irá tê-lo prestado às entidades públicas.

Em vista disso, equivocada se mostra a pretensão do impugnante, encontrando-se à margem de respaldo jurídico que a sustente.

4. DA CONCLUSÃO/DECISÃO

Ante todo exposto, fatos e fundamentos legais, **RECEBO** a impugnação interposta, por considerar o instrumento tempestivo e a parte legítima.



GOVERNO MUNICIPAL
FARIAS BRITO
Uma Farias Brito para todos

Ato contínuo, no mérito, **DECIDO** pela improcedência do pedido formulado e mantenho o Edital em seus termos originais, bem como o dia 11 de novembro de 2021, às 09h00min, para a realização da sessão referente à Tomada de Preços nº 2021.10.25.2.

Nada mais havendo a informar, publique-se dentro dos meios legais pertinentes, para que possa tornar eficaz os seus efeitos.

Farias Brito/CE, 10 de novembro de 2021.

Antonio Cardoso de Lima
Presidente da Comissão Permanente de Licitação

PROCESSO Nº:	REP-12/00196985
UNIDADE GESTORA:	Secretaria de Estado da Fazenda
RESPONSÁVEL:	Nelson Antônio Serpa
INTERESSADOS:	Aldo de Mattos Sabino Junior e Marco Aurélio Milantonio Junior
ASSUNTO:	Irregularidades no edital de Tomada de Preços nº 005/2012, para contratação de escritório de advocacia visando à alienação de ações ordinárias e preferenciais da CASAN
RELATÓRIO REINSTRUÇÃO:	DE DLC - 506/2012

1. INTRODUÇÃO

Tratam os autos de Representação formulada pelo escritório de advocacia Mattos Advogados Associados, contra possíveis irregularidades no edital de Tomada de Preços nº 005/2012, lançado pela Secretaria de Estado da Fazenda, com a finalidade de contratar escritório de advocacia para prestação de serviços técnicos profissionais especializados em consultoria jurídica (grupo-classe 0206) na modelagem, estruturação e implementação de operações societárias que possibilite a alienação de ações ordinárias e preferenciais da emissão da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN a um sócio estratégico, bem como em posterior operação de aumento de capital desta, em conformidade com a Lei Estadual nº 15.596, de 14 de outubro de 2011, com abertura marcada para o dia 04/04/2012.

A Representante requereu a suspensão do procedimento licitatório e como fundamento de seu pedido alegou, em síntese, que:

(a) O subitem 4.3.4 do Edital, relacionado com os requisitos de qualificação técnica, "constituem restrição ao caráter competitivo do certame licitatório" (fl. 04), com inobservância do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Que é "perceptível a intenção em restringir o caráter competitivo da licitação, ao estabelecer inúmeras exigências de capacidade técnica que não são comuns aos escritórios de advocacia que atuam na área empresarial" (fl. 05). Repudia as exigências das letras "d", "g", "h" e "i" do referido subitem. Que em relação às letras "e" e "f", "não se pode exigir que as certidões a serem apresentadas tenham por objeto a prestação de serviços idênticos aos licitados, nem tampouco que os atestados de capacidade técnica sejam emitidos por pessoa jurídicas de direito público" (fl. 08), por violarem o §1º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993.

(b) O subitem 5.1 do Item 5, relacionado aos requisitos da proposta técnica, "constituem restrição ao caráter competitivo do certame licitatório" (fl. 04), com inobservância no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Neste caso, o referido Edital "exige que o licitante já tenha atuado em assessoria jurídica prestada a vendedor e/ou comprador na obtenção de aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade"

(fl. 05), sendo desarrazoado. Que “as exigências da Proposta Técnica previstas no item 5.1 do Edital, alíneas b.1, b.2, b.3, b.4 e b.6, restringem a competitividade ao estabelecer que a licitante já tenha atuado com assessoria jurídica a ente da Administração Pública Direta ou Indireta” (fl. 09).

Ao realizar a análise preliminar, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações emitiu o Relatório DLC nº 348/2012 (fls. 66-81), onde concluiu por conhecer da Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade e determinar, cautelarmente, a sustação do procedimento licitatório, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Exigência de comprovação dos serviços constante das letras “e” e “f” do subitem 4.3.5. (Qualificação Técnica) do Edital por meio de atestado emitido apenas por pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista afronta ao princípio da concorrência e risco à ampla participação de interessados no certame, configurando ofensa ao §1º do artigo 30 e inciso I do §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993 (item 2.2. do Relatório);
- 2) Confusão entre a fase de habilitação e a fase de julgamento das propostas técnicas, reportando-se ofensa ao princípio geral das licitações públicas, conforme inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (item 2.3. do Relatório).

Acolhendo a conclusão da DLC, o E. Conselheiro Relator exarou a Decisão Singular nº GAC/LRH nº 447/2012 (fls. 82-83), por meio da qual determinou, com fundamento no § 3º do art. 3º da Instrução Normativa nº 05/2008, a sustação do edital de Tomada de Preços nº 005/2012 até deliberação ulterior, bem como a imediata comprovação da medida.

Na sequência, o Responsável encaminhou os documentos de fls. 85 a 88, comprovando a sustação do certame determinada por esta Corte.

Analisando todos os pontos questionados pelo Representante, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações emitiu o Relatório de Instrução DLC 386/2012 (fls. 90-108), no qual propôs a manutenção da sustação cautelar e a realização de audiência do Responsável, acerca das seguintes irregularidades:

- 1) Exigência de comprovação dos serviços constante das letras “e” e “f” do subitem 4.3.5. (Qualificação Técnica) do Edital por meio de atestado emitido apenas por pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista afronta ao princípio da concorrência e risco à ampla participação de interessados no certame, configurando ofensa ao §1º do artigo 30 e inciso I do §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993.
- 2) Exigência de atestado capacidade técnica, comprovando a execução de objeto idêntico ao do edital, comprometendo a competição do certame e descumprindo o art. 37, XXI, da Constituição Federal e arts. 3º, § 1º e 30, II, da Lei nº 8.666/93, (item 2.1 deste Relatório);

- 3) Confusão entre a fase de habilitação e a fase de julgamento das propostas técnicas, em afronta ao art. 37, XXI, da CF e art. 3º da Lei nº 8.666/93, (item 2.2 deste Relatório);

A Instrução foi acompanhada pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, que juntou aos autos o Parecer nº MPTC/11182/2012 (fls. 109-110).

Em despacho de fl. 110, o Exmo. Conselheiro Relator autorizou a realização de audiência do Responsável.

Consta dos autos o Ofício de Comunicação ao Responsável (fls. 11-115), que, em resposta, apresentou as justificativas e documentos de fls. 116/308.

A seguir, analisam-se de forma individualizada os esclarecimentos apresentados.

2. ANÁLISE

2.1. Exigência de comprovação dos serviços constante das letras “e” e “f” do subitem 4.3.5. (Qualificação Técnica) do Edital por meio de atestado emitido apenas por pessoas jurídicas de direito público, tendo em vista afronta ao princípio da concorrência e risco à ampla participação de interessados no certame, configurando ofensa ao §1º do artigo 30 e inciso I do §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/1993, (item 2.1. do Relatório nº 386/2012).

Alegou a Representante que a exigência do subitem 4.3.4, alíneas “e” e “f” do edital, de apresentação de atestados de capacidade técnica, emitidos apenas por pessoa jurídica de direito público e, em serviços idênticos aos licitados, restringe a competição do certame, contrariando os arts. 3º, *caput* e §1º e 30, §1º, da Lei nº 8.666/93 e o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A DLC posicionou-se, em síntese, da seguinte forma (fls. 95-96):

Parece assistir razão ao Representante em relação ao segundo questionamento. No que tange a questão de certidões comprobatórias de serviços prestados emitidos por pessoa jurídica de direito público, denota-se que as atividades de “modelagem de processo para alienação de participação acionária” (letra “e”) e “assessoria jurídica para estruturação na execução de processo para alienação de participação acionária” (letra “f”), não são serviços prestados exclusivamente à Administração Pública. Mas, pelo contrário, são atividades afetas tanto a atividade privada como a atividade pública.

(...)

Ratifica-se a instrução inicial que se manifestou pela irregularidade da exigência contida nas alíneas "e" e "f" do item 4.3.4 do edital, a qual limita como condição para a habilitação a apresentação de atestado de capacidade técnica emitido apenas por pessoas jurídicas de direito público da administração direta ou indireta, pois, em que pese o fato de as entidades públicas e privadas submeterem-se a regimes jurídicos diferentes, ambas podem realizar a alienação de participação societária.

Assim, um escritório advocatício que tenha prestado serviço e consultoria jurídica de operações societárias em uma entidade privada poderia desenvolvê-lo em um órgão público, fazendo as devidas adaptações que a legislação de direito público determina. Portanto, conclui-se que a exigência do item do 4.3.4, alíneas "e" e "f" do edital constitui restrição ao caráter competitivo do certame, em inobservância ao disposto nos arts. 30, §1º e 3º, §1º, I, da Lei nº 8.666/93, podendo ter afastado a participação no certame de escritórios que teriam experiência e capacidade para prestar o serviço objeto da contratação, mas que ainda não o prestaram a um órgão público.

Pelo exposto, foi promovida a audiência do Responsável, que apresentou a justificativa transcrita a seguir:

A declaração exigida nas letras "e" e "f" do subitem 4.3.4. compatível com o objeto da licitação, na primeira parte é clara: **declaração de PELO MENOS UM (01) ENTE INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E/OU INDIRETA.**

Segundo esta e. Corte de Contas, o Edital de Tomada de preços nº 005/2012 seria irregular por infringir dispositivos da Lei de Licitações ao exigir atestado emitido apenas por pessoas jurídicas de direito público.

Contudo, tanto a letra "e" como a "f" do subitem 4.3.5. exige, na verdade, que o interessado apresente declaração de ente integrante da administração pública direta E/OU da INDIRETA. E, as empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem personalidade jurídica de DIREITO PRIVADO, o que, as torna diferente das autarquias e das entidades que integram a administração pública direta qualificadas como pessoas jurídicas de direito público.

A própria Constituição Federal em seu art. 173, §1º, II estabelece em quais hipóteses regular-se-ão as empresas públicas e as sociedades de economia mista pelo regime próprio das empresas privadas.

É certo que os licitantes interessados poderiam apresentar certidões de entidade integrante da administração pública indireta que estejam subsumidas na conceituação própria do tipo societário de Direito Privado na forma das leis de sua criação. E a análise destas disposições cabe tanto ao licitante como à comissão do certame.

Já na segunda parte das letras "e" e "f" do subitem 4.3.5. do Edital as exigências são claras e compatíveis com o objeto do edital, considerando-se as especificidades da matéria e da normatização que envolve as ações de propriedade do Estado e de entidades integrantes da administração pública e não da privada.

e) declaração de, pelo menos, um (01) ente integrante da Administração Pública Direta e/ou Indireta atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na modelagem de processo para alienação de participação acionária detida em empresa prestadora de serviços de saneamento básico, e na reestruturação societária desta;

f) declaração de, pelo menos, um (01) ente integrante da Administração Pública Direta e/ou Indireta na estruturação atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na execução de processo para alienação de participação acionária detida em empresa prestadora de serviços públicos por meio da modalidade de leilão;

Esclarece-se que, ao revés do entendimento do Representante, da Diretoria de Controle de Licitações e Contratações – DLC do Tribunal de

Contas do Estado esposado à fl. 72, *verbis*, os serviços objetos do certame diferenciam-se e muito das atividades de empresas privadas.

(...) No que tange a questão de certidões comprobatórias de serviços prestados emitidos por pessoa jurídica de direito público, denota-se que as atividades de “modelagem de processo para alienação de participação acionária” (trata “e”) e “assessoria jurídica para estruturação na execução de processo para alienação de participação acionária” (letra “f”), não são serviços prestados exclusivamente à Administração Pública. Mas, pelo contrário, são atividades afetas tanto a atividade privada como a atividade pública.

O objetivo da licitação consiste na contratação de escritório de advocacia ESPECIALIZADO para executar a modelagem, estruturação e implementação de operação societária que possibilite a alienação de ações ordinárias e preferenciais de emissão da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN a um sócio estratégico, bem como em posterior operação de aumento do capital desta, em conformidade com os termos da Lei Estadual n.º 15.596, de 14 de outubro de 2011, incluindo as atividades constantes do termo de referência e edital.

Ora, a estruturação e cumprimento das FORMALIDADES LEGAIS necessárias a proceder à transferência das ações ordinárias e preferenciais de emissão da CASAN, de titularidade do SC Participações e Parcerias S.A. – SC Par e Companhia de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina – CODESC, ao Estado, por meio da realização de operação de resgate, redução de capital, reembolso ou operação de compra e venda, incluindo a elaboração dos documentos societários pertinentes, dependem da elaboração de estudos (cujos conhecimentos já existem previamente) que envolvem não só de direito societário ou empresarial, como é o caso do escritório representante, mas da experiência prévia na área de direito público, em sentido amplo, para que se possa optar, com total segurança, pela alternativa mais adequada para a estruturação das áreas de saneamento básico e distribuição desses serviços à coletividade catarinense.

Enfatiza-se que a análise desarrazoada e equivocada de escritório que não detenha conhecimento especializado, pode até culminar em uma indesejável privatização em total desconformidade com os ditames legais, pois o que se objetiva é a montagem e a execução de um processo de desestatização da CASAN envolvendo acionistas que integram a administração pública do Estado de Santa Catarina, mantendo o controle acionário nas mãos do ente público.

As operações constantes da Lei Estadual n.º. 15.596/2011, portanto, exigem prévios conhecimentos em direito público e não somente na área de direito privado. Não basta o escritório ter expertise no direito empresarial, como é o caso do escritório Representante. A legislação, o regramento para a administração pública e empresas privada e as nuances dos procedimentos são totalmente diversos.

Para comprovar essa assertiva, comprova-se por meio do documento anexo que a Comissão de Valores Mobiliários – CVM possui regramento específico para a Administração Pública, diferente, portanto da legislação dispensada às pessoas de direito privado. É o que estabelece a Instrução Normativa CVM n. 286, de 31 de julho de 1998, que “dispõe sobre alienação de ações de propriedade de pessoas jurídicas de direito público e de entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público e dispensa os registros de que tratam os arts. 19 e 21 da Lei n. 6.385, de 7 de dezembro de 1976.”

Ora, a alienação de bens da Administração Pública exige a observância de formalidades que se regem por princípios constitucionais correspondentes, especialmente, nos moldes da citada Instrução Normativa, da moralidade pública e plena publicidade. Prescreve ainda a citada IN 286 no seu preâmbulo, itens “b” e “d” e “f”:

(...)

b. a alienação de bens móveis da Administração Pública depende de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta no caso de venda de

ações, que poderão ser negociadas em bolsa, OBSERVADA A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA, NOS TERMOS DA LEI 8.666/93 E MODIFICAÇÕES POSTERIORES;

...

d. a oferta de ações precedida da ampla divulgação através de editais, inclusive com a utilização dos serviços públicos de comunicação e de outros mecanismos descritos no art. 19, §3º, da Lei nº 6.385/76, configura distribuição pública sujeita a prévio registro nesta Comissão;

...

f. a DESESTATIZAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DETERMINADA EM LEI federal, ESTADUAL, distrital ou municipal com pré-identificação, pré-qualificação e condições especiais para os adquirentes, APRESENTA CARACTERÍSTICAS DISTINTAS DAS OFERTAS DAS AÇÕES CONTEMPLADAS PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA CVM Nº 88, DE 3 DE NOVEMBRO DE 1088...

Por outro lado, o LEILÃO para a alienação das ações de que são titulares a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e demais entidades da Administração Pública possuem ESPECIALIDADE diversa das pessoas jurídicas de direito privado. Além de ser considerado LEILÃO ESPECIAL pela Instrução Normativa CVM n. 286/98 (art. 2.), há exigências diferentes.

O Leilão para a venda das ações da CASAN a sócio estratégico, após a estruturação e transferência das ações da SC PAR e CODESC, dar-se-á na forma da Lei Estadual nº. 15.596/11 e por meio de leilão especial da lei de licitação e regramento próprio da CVM, com base em normas de direito público. Já as empresas privadas podem optar por determinada modalidade de leilão, após análise de premissas diversas, como, por exemplo, aberto, fechado, viva voz, de maior preço, grau do risco dos participantes, mecanismo de transmissão de informações, etc. Nestes casos, contrata-se, na maioria das vezes corretoras, como gestores dos negócios.

Já pela legislação que rege a matéria para as pessoas jurídicas que integram a administração pública, especialmente no caso concreto a Lei Estadual nº. 15.596/11, Lei 8.666/93 e Instrução Normativa CVM nº 286/98, as operações envolvem um conhecimento técnico jurídico diferenciado, pois está de se tratando de alienação de ações de propriedade de ente público.

Como se verifica na Lei Estadual nº 15.596/11, a primeira etapa consiste nas transferências das ações ordinárias e preferências de emissão da CASAN, de titularidade da SC PAR e CODESC. Inequivocamente, esse procedimento importa em dispêndio de RECURSOS PÚBLICOS, pois há acionistas que integram a administração pública. Implica ainda na análise detida da melhor opção facultada pela lei estadual, inclusive com relação à aplicação ou não do disposto no art. 17 da Lei 8.666/93 e a exigência de licitação pública. E, por certo a exigência constante do edital não fere a competição, tanto que compareceram três escritórios renomados e que atuam no mercado nacional. Ademais, busca o contratante que o vencedor do certame possua conhecimento prévio e experiências em operações desenvolvidas para a administração pública, exatamente na forma exigida pelo edital. Essa discricionariedade, porém, não afeta o certame ou restringe a competição, pois a contratação ocorrerá dentre os escritórios que detenham características singulares, que os distinguem dos serviços oferecidos por outros profissionais.

Não há como se conceber que um escritório que atue somente com a iniciativa privada tenha tempo hábil de se adequar aos procedimentos e normas constantes no ordenamento jurídico em operações que envolvam o Estado e entes integrantes da Administração Pública. Se isso fosse possível e as medidas para execução da lei não fossem urgentes, a própria Procuradoria Geral do Estado poderia prestar tais serviços, não se justificando, inclusive, a contratação de um escritório de advocacia com atuação no ramo do direito empresarial e sem experiência anterior na

alienação de ações entre pessoas jurídicas que integram a administração pública e para a coordenação do procedimento de leilão especial nos moldes das regras do direito público.

Ressalta-se também que a modelagem, estruturação do LEILÃO constante da Lei Estadual, termo de referência e edital do certame impugnado, tem por escopo a venda de ações ordinárias e preferenciais de emissão da CASAN A UM SÓCIO ESTRATÉGICO, assim, as ações não poderão ser abertas para qualquer interessado, mas sim, mediante um processo de pré-qualificação, nos moldes dos documentos técnicos a serem elaborados pelo escritório de advocacia vencedor do certame e de acordo com a legislação de regência especializada, tais como, edital de licitação, manual de instruções de leilão, providências e documentos para registro das operações junto a CVM, documentos e providências para aprovação junto ao CADE, observando inclusive o disposto na nova legislação.

Por outro lado, a exigência de que o escritório de advocacia já tenha atuado junto à empresa de saneamento básico, pressupõe a experiência prévia do escritório neste ramo de conhecimento, garantindo ao contratante a segurança jurídica necessária para adequar a CASAN ao novo marco regulatório estabelecido pela Lei Geral do Saneamento (Lei n. 11.445/2007), assegurando o atendimento em saneamento básico e cobertura de esgoto nas áreas de abrangência da empresa. Esse trabalho técnico/jurídico garantirá ainda que o contratante possa atrair um sócio parceiro estratégico com tecnologia e experiência apto a capitalizar a CASAN e coloque em prática os projetos de expansão da cobertura no setor de saneamento, sem oferecer riscos de privatização da empresa estatal, cujo controle acionário permanecerá com o Estado de Santa Catarina.

Contudo, pela decisão desta Diretoria, corroborada pelo Excelentíssimo Procurador do Ministério Público e Conselheiro desta Corte de Contas, os objetivos estatais foram suspensos em face da reclamação e da suspensão do certame, cujos atos acarretam prejuízos irreparáveis ao Estado que se vê inibido de proceder à execução da lei estadual.

Enfatize-se que o escritório representante nem mesmo comprovou a sua experiência ou de seus sócios a fim de justificar seu interesse na representação ou prejuízos que o edital lhe acarretou. Limitou-se a discordar dos itens propostos sem qualquer fundamentação ou prova de que os serviços constantes do objeto podem ser prestados por escritório que tenha experiência apenas na iniciativa privada. Omitiu o fato de a legislação da CVM, talvez por desconhecimento, tratar de forma diversa as participações acionárias de que são titulares a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e demais entidades da Administração Pública e as alienações dessas participações das demais empresas com personalidade jurídica de direito privado, sem participação acionária da administração pública.

Portanto, senhores julgadores, a cautelar concedida deve ser revogada de ofício e, a representação julgada improcedente, impondo-se o imediato prosseguimento do certame, em razão da necessidade urgente de ser dada efetividade à Lei Estadual nº 15.596, de 14 de outubro de 2011, com transparência e total segurança técnica jurídica ao Poder Executivo que foi autorizado POR LEI a alienar ações da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, por meio de leilão a sócio estratégico e resguardar o Estado de Santa Catarina, diretamente ou por meio de sociedades controladas, a propriedade e posse de, no mínimo, 51% (cinquenta e um por cento) das ações do capital votante da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN, como forma de possibilitar o desenvolvimento do saneamento básico no Estado de Santa Catarina.

Tanto as operações envolvendo as participações societárias do Estado de Santa Catarina, da CASAN, da SC Par e da CODESC, como a licitação, na modalidade leilão, nos moldes da Lei de Licitação, são complexas e exigem notório conhecimento nas áreas de Direito Societário, Civil, Administrativo e Mercado de Capitais e não só empresarial (direito privado), como alegado pelo representante.

Ressalte-se que o conhecimento voltado à compra e venda de ações de empresas privadas, com exigência de modalidade de licitação diferente da que deve ser adotada pela Administração Pública, reforça a tese de que o escritório a ser contratado deve possuir conhecimento teórico e prático que transcende as operações societárias que envolvem apenas as empresas privadas, buscando assim, a redução dos riscos inerentes à deficiência de saber específico, o que poderia culminar, numa perspectiva mais negativa, a privatização da CASAN.

Como comprovado nesta defesa, a CVM possui regulamentação própria para as ações de propriedade de pessoas jurídicas de direito público com características distintas das ofertas de ações das empresas de natureza privada.

É de se ressaltar ainda que a complexidade das operações e a repercussão na manutenção da propriedade das ações no controle da administração pública são inquestionáveis, tanto que a Procuradoria Geral do Estado, como órgão central do sistema jurídico do Estado de Santa Catarina, recomendou a contratação de um escritório jurídico com indiscutível qualificação e especialização na área do direito, necessária à execução dos serviços constantes do escopo do termo de referência.

A prévia experiência nas áreas de atuação, exigidas no edital impugnado, vai ao encontro da Lei Estadual n.º 15.596/11, pois é indispensável que o licitante vencedor possua conhecimentos técnicos profissionais especializados em direito societário, civil, administrativo e ainda de mercado de capitais, especialmente da legislação e regulamentação própria dos órgãos responsáveis pela aprovação e registro das operações, especialmente pelo fato de que diferem das regras dirigidas às empresas da iniciativa privada.

Evidencia-se, portanto, que o edital, na forma como publicado garante a segurança jurídica das operações societárias elencadas na Lei n.º 15.596/2011 e do leilão para sócio estratégico, nos moldes da lei de licitação, se executada por profissionais com conhecimentos jurídicos especializados, atuação de nível nacional e comprovada experiência prévia nas operações que envolvem ações de acionistas integrantes da administração pública.

Desta forma, inequívoca a necessidade de que os licitantes possuam experiência singular, pois o capital dos acionistas da CASAN, a exemplo da CODESC e da SC Par, é majoritariamente público, pois o maior acionista é o Estado de Santa Catarina.

Considerando, pois, que a intervenção do escritório contratado depende de capacitação diferenciada com prévio conhecimento nas operações que envolvam a administração pública e não somente empresa privada, em face da diversidade da legislação de regência, comprova-se que o Edital de Tomada de Preços n.º 005/2012 está em consonância com o disposto a Lei de Licitações.

Nas palavras de Marçal Justino Filho, citado à fl. 69, a habilitação:

“consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de sujeito para contratar com a Administração Pública.” (fl. 396).

Vislumbra-se, portanto, que as exigências conferidas no edital estão de acordo com a natureza e o objeto a ser contratado pela administração. Não há excessos relacionados ao pedido de declaração ou certidão emitida tanto por pessoa jurídica de direito público, seja direta ou indireta de natureza de direito público privado.

A seu turno, inexistente qualquer ilegalidade na exigência de experiência anterior, em face da complexidade do objeto, na forma já demonstrada na presente defesa. Nesse sentido, é a doutrina de Marçal Justen Filho^[1]:

Não se comete violação ao art. 30, II da Lei n.º 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando cercar-se

de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.”

Prossegue o renomado Mestre ^[2]:

... Excluir a possibilidade de requisitos acerca de capacitação técnica operacional conduz, em termos gerais, a colocar em risco a execução satisfatória da futura contratação.

(...)

Dai segue que a Administração deverá identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado, para efeitos de exigência da experiência anterior ^[3].

Ademais, a exigência de prévia experiência dos serviços a serem executados, não frustrou o caráter competitivo do certame, tanto é verdade que três escritórios de renome e com atuação nacional participaram do certame, a saber: LACAZ MARTINS, PEREIRA NETO, GUREVICH E SCHOUEI ADVOGADOS, SOUZA, CESCEN, BARRIEU & FLESCH SOCIEDADE DE ADVOGADOS e WALD & ASSOCIADOS ADVOGADOS. O escritório de Florianópolis, Pedro de Queiroz Advocacia SC Ltda. por ter protocolado os documentos fora do horário aprazado no edital não pode participar do certame, na forma da ata de reunião de abertura da habilitação, realizada em data de 25 de abril de 2012, às 14h00.

A seu turno, não há que se falar em ausência de caráter competitivo, tanto que muitos escritórios retiraram o edital e apenas o representante (especialista em direito empresarial), segundo o próprio afirma em sua representação, insurgiu-se contra os termos do ato convocatório.

Pelo exposto, impõe-se a revogação de ofício da decisão que suspendeu a licitação, determinando o imediato prosseguimento do certame, sob pena de notórios prejuízos ao Estado.

Advirta-se, que o escritório representante não sofrerá qualquer prejuízo, pois nem mesmo manifestou interesse em participar do certame. Presume-se que os seus objetivos são obscuros ao tumultuar o procedimento, sem demonstrar o seu interesse, prejuízo ou conhecimento das diferenças aqui delineadas. No caso concreto, não basta citar dispositivos da Lei de Licitações. Há necessidade de ser procedida interpretação sistemática com outras normas que dispõem sobre o procedimento instaurado, especialmente o da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Pelo que restou demonstrado nesta defesa, o representante ao omitir informações e a legislação de regência a esta Corte de Contas, ao que parece, tem apenas por objetivo suspender certame do qual nem mesmo participou.

Já por meio destas razões, comprovou-se de forma inequívoca a diferença entre as regras para alienação de ação das empresas privadas das pessoas jurídicas de direito público e entidades que integram a administração pública. Estes argumentos amparam o pedido de revogação ex officio da cautelar, e permitem a desconstituição da justificativa da Diretoria de Controle de Licitações e Contratações – DLC desta Corte de Contas.

Ressalte-se, por fim, que a exigência para a comprovação da aptidão para o desempenho das atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, no tópico questionado na representação, *data vênia*, está em total harmonia com o disposto no inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93, a saber:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

Nesse passo, ressalta Luis Carlos Alcoforado^[4]:

A Administração não só deve cumprir e fazer cumprir a lei interna da licitação – o edital –, mas, também as leis externas que permanecem guardiãs a tutelar a atividade administrativa e a conduta de seus agentes.”

“Dispositivos do ordenamento jurídico, ainda que não previstos no edital – o edital não tem como reproduzir todas as normas positivas vigentes – devem ser observados pela Administração e pelo particular, os quais se aplicam a licitação indubitavelmente.

No mesmo sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça^[5]:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO . INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, §1º DA LEI Nº 8.666/93.

1. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº8.666/93, quando, em procedimento licitatório, exige-se comprovação em nome da empresa proponente, de atestados técnicos emitidos por operadores de telefonia no Brasil de execução, no País, em qualquer tempo, de serviço de implantação de cabos telefônicos classe “L” e “C” em período consecutivo de 24 meses, no volume mínimo de 60.000 HXh, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

2. O exame do disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, em sua parte final, referente a “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” revela que o propósito al objetivado é oferecer iguais oportunidades de contratação com o Poder Público, não a todo e qualquer interessado, indiscriminadamente, mas, sim, apenas a quem possa evidenciar que efetivamente dispõe de condições para executar aquilo a que se propõe.” (Adilson Dallari)...

ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO PÚBLICA – SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS – EDITAL – EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR – CAPACITAÇÃO TÉCNICA – ARTIGO 30, §1º, I, E §5º DA LEI N. 8.666/93 – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações. Dessarte, inexistente violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

In casu, a exigência, prevista no edital, de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.

“A ausência de explícita referência, no art. 30, a requisitos de capacitação técnico operacional não significa vedação à sua previsão. A cláusula de fechamento contida no §5º não se aplica à capacitação técnico-operacional, mas a outras exigências” (Marçal Justen Filho, in “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 8ª ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2000, p. 335).^[6]

Extrai-se do corpo do citado acórdão que^[7]:

Consoante o ensinamento de Carlos Ari Sunfeld, “a formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo atendê-las, vêem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui,

no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa nos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas)" (A Habilitação nas Licitações e os Atestados de Capacidade Técnico-Operacional", in "Licitações e Contratos Administrativos", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 100/101.

(...)

Conclui-se, portanto, que a exigência de demonstração de qualificação técnica dos licitantes, através de apresentação de atestados comprovando experiência na execução dos serviços compatíveis com o objeto licitado, não viola o disposto no artigo 30, §1º, da Lei n. 8.666/93.

Razão pela qual, justificada exaustivamente a suporta irregularidade, requer a revogação *ex-officio* da decisão que suspendeu o procedimento ou, no mérito, se apreciado, seja julgada improcedente a reclamação, prosseguindo-se o certame, incontinenti.

Conforme se pode observar, a Secretaria Representada alegou, em síntese, que um atestado fornecido por empresa privada não demonstraria a aptidão da futura contratada em executar de forma adequada o objeto do certame, ressaltando que exigiu atestado fornecido por ente integrante da administração pública direta ou indireta, abrangendo as empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja personalidade jurídica é de direito privado; que o objeto do certame diferencia-se muito das empresas privadas, envolvendo conhecimento não só de direito societário e empresarial, como experiência na área de direito público; que a Comissão de Valores Mobiliários possui regramento específico para a administração pública, diferente da legislação dispensada às pessoas jurídicas de direito privado; que a complexidade das operações são inquestionáveis, tanto que a Procuradoria Geral do Estado recomendou a contratação de um escritório com indiscutível qualificação e especialização na área do direito, necessária à execução dos serviços; que a exigência questionada é legal, garantindo a segurança jurídica às operações societárias elencadas na Lei Estadual nº 15.596/2011 e do leilão; que o certame não foi restritivo, pois 3 (três) escritórios de renome e com atuação nacional participaram do certame.

De fato, o edital exige atestados de capacidade técnica de realização de serviços a ente integrante da administração pública direta ou indireta, independentemente de ter sido prestado a entes com personalidade de direito público ou privado, que são a sociedade de economia mista e a empresa pública. Desse modo, ao contrário do que alegou a Representante, o edital não impossibilitou a participação de escritórios que somente possuísem atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado, desde que integrantes da administração pública.

Cabe discutir então se um escritório que tenha prestado serviços apenas a pessoas jurídicas de direito privado, sem experiência anterior na venda de ações por órgãos públicos da administração direta ou indireta, teria capacidade de executar com segurança o serviço especializado de consultoria jurídica na modelagem, estruturação e implementação de operações societárias que possibilite a alienação de ações de entidade controladas pelo Poder Público, bem como posterior aumento de seu capital social, como é demandado pelo edital de Tomada de Preços nº 005/2012.

Sabe-se que, se por um lado a Administração Pública pode e deve exigir dos licitantes a comprovação da capacidade técnica de fornecer o bem ou serviço ofertado, por outro, essa exigência deve restringir-se, nas palavras de Marçal Justen Filho (em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 9ª edição, pg. 313) "ao estritamente indispensável a assegurar um mínimo de segurança quanto à idoneidade dos licitantes". Tal parcimônia nas exigências de qualificação técnica objetivamente prevenir a restrição ao caráter competitivo do certame.

Contudo, no caso presente, o Responsável demonstrou que não há exagero na exigência de atestado de capacidade técnica emitido exclusivamente por um ente integrante da administração pública direta e/ou indireta. Isso porque, revendo o posicionamento anterior, observa-se que cada um dos serviços de consultoria e assessoria jurídica ora licitados requerem a aderência às formalidades, princípios e normas não aplicáveis a alienação de ações de propriedade privada, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.666/1993, conforme as disposições da Instrução CVM N.º 286, de 31 de julho de 1998. Tais exigências podem acarretar diferenciação técnica significativa entre a alienação de ações do Poder Público e das empresas privadas.

Consta no anexo I do edital que o serviço a ser prestado requer a estruturação das formalidades para operação de resgate, redução de capital, reembolso ou operação de compra e venda das ações da Companhia, que estão com a SC Parcerias e Codesc; modelagem, estruturação e realização de leilão para venda de ações da Casan, incluindo a elaboração do edital e do contrato de compra e venda com o vencedor, elaboração de acordo de acionistas e alteração do estatuto social e aumento de capital considerando-se as exigências da Lei nº 8.666/93 e da Instrução CVM N.º 286, de 31 de julho de 1998.

Com efeito, a venda de ações pertencentes ao Poder Público vem regulada na Lei nº 8.666/93, que em seu art. 17 dispõe que "a alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público

devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa (...); II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: (...) c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica.

Assim, segundo a legislação sobre licitações, tratando-se de venda de ações (bens móveis), não se exigiria autorização legislativa, mas a operação estaria sujeita à avaliação prévia, dispensada licitação, mas devendo ser negociadas em bolsa e observada legislação específica, que, em nível federal, dispõe sobre valores mobiliários, ou seja, a Lei Federal 6.385/76, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e Comissão de Valores Mobiliários, bem como a Instrução CVM nº 286 de 31 de julho de 1998, que dispõe sobre a alienação de ações de propriedade de pessoas jurídicas de direito público e de entidades controladas direta e indiretamente pelo Poder Público.

Contudo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, a Constituição Estadual, no art. 13, § 2º, estabelece que para a alienação de ações é necessária autorização legislativa:

Art. 13. (...)

§ 2º Depende de autorização legislativa, em cada caso, a participação das entidades da administração indireta no capital de empresas privadas, ressalvadas as instituições financeiras oficiais e as que tenham por objetivo a compra e venda de participações societárias ou aplicação de incentivos fiscais.

Referida autorização legislativa corresponde à Lei Estadual nº 15.596/2011, que dispõe sobre a alienação de participação minoritária na Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN.

Embora não caiba aqui um estudo detalhado dessas normas, foram elas mencionadas, juntamente com o disposto no anexo I do edital, para demonstrar que os serviços demandados são voltados para as necessidades de órgão e entidades da Administração Pública, de maneira que esses é que, em princípio, teriam condições de fornecer os respectivos atestados, não se vislumbrando a hipótese de empresa do setor privado adotar procedimentos semelhantes para alienação de ações, vez que nessa seara não existe obrigação de seguimento da Lei de Licitações e da Instrução CVM N.º 286, de 31 de julho de 1998.

Ainda, ensina Carlos Ari Sundfeld^[8] que:

(...) a formulação, nos editais de licitação, de exigências a serem atendidas pelo licitante, a fim de comprovar sua qualificação técnica e econômica, tem base constitucional. É evidente que tais exigências limitam a competição no certame licitatório, pois resultam no alijamento de todos aqueles que, não podendo atendê-las, vêem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante uma limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa nos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de fazer prevalecer o interesse público (qual seja: o de não correr o risco de contratar com empresas desqualificadas) sobre o interesse privado (a saber: o de obter o máximo possível de negócios).

No mesmo sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles^[9] de que:

(...) é ilícito à Administração não só verificar a capacidade técnica teórica do licitante, como sua capacidade técnica efetiva de execução-capacidade, essa, que se convencionou chamar operativa real. Advirta-se que grande parte dos insucessos dos contratados na execução do objeto do contrato decorre da falta de capacidade operativa real, não verificada pela Administração na fase própria da licitação, que é a da habilitação dos proponentes.

Ainda, a exigência questionada não restringiu a disputa, vez que três escritórios de advocacia apresentaram proposta, garantindo a competição.

Dessa forma, sugere-se o afastamento da insurgência da Representante, no caso, pelos fundamentos expostos e pelas justificativas encaminhadas. Não obstante, considera-se conveniente se determinar à Unidade que passe a motivar adequadamente as exigências relativas aos atestados de capacidade técnica, devendo tal motivação constar dos autos do procedimento.

2.2. Exigência de atestado capacidade técnica, comprovando a execução de objeto idêntico ao do edital, comprometendo a competição do certame e descumprindo o art. 37, XXI, da Constituição Federal e arts. 3º, § 1º e 30, II, da Lei nº 8.666/93, (item 2.2 do Relatório nº 386/2012).

Em breve resumo, insurgiu-se o Representante contra a qualificação técnica estabelecida no subitem 4.3.4 do edital^[10], aduzindo que traz exigências para a apresentação de atestados que comprovem a realização de serviços idênticos ao objeto licitado, alegação que, a princípio, foi acolhida pela DLC, motivando a sugestão de realização da audiência do Responsável.

A questão não foi abordada pelo Responsável.

Todavia, analisando melhor a matéria, tem-se que a previsão editalícia está em harmonia com a legislação e com a doutrina, porque a exigência de que o

licitante tenha executado serviços de relevância técnica para o objeto, como já demonstrado no item anterior deste Relatório, tem amparo nas disposições do artigo 30, II, da Lei nº 8.666/93:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características**, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; (grifou-se)

De igual modo, a não delimitação de quantitativo expresso, não autoriza, por si só, conclusão de que a Administração estaria exigindo experiência em serviço exatamente idêntico ao licitado.

E como é exposto por Jessé Torres Pereira Junior^[11],

"comprova-se a aptidão do habilitante comparando-se o objeto da licitação com as atividades por ele anteriormente exercidas, quanto a características, quantidades e prazos. Havendo compatibilidade—sinônimo, aí, de afinidade— entre as atividades e o objeto, estará atendida parte substancial da prova de aptidão, que se completará com a indicação das instalações e do aparelhamento necessários à execução do objeto, bem como da qualificação do pessoal técnico"

Ante o exposto, entende-se que pode ser afastada a irregularidade.

2.3. Confusão entre a fase de habilitação e a fase de julgamento das propostas técnicas, em afronta ao art. 37, XXI, da CF e art. 3º da Lei nº 8.666/93 (item 2.3 do Relatório nº 386/2012).

No que tange aos critérios da proposta técnica, o Representante alega que o edital contém regras que restringem a competição, destacando que a exigência de que o licitante tenha atuado em assessoria jurídica prestada a vendedor e/ou comprador na obtenção de aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é desarrazoada. Asseverou também que as exigências da proposta técnica previstas no item 5.1 do edital, alíneas b.1, b.2, b.3, b.4 e b.6 restringem a competitividade do certame, ao estabelecer que a licitante já tenha atuado com assessoria jurídica a ente da Administração Pública Direta ou Indireta.

A Instrução Preliminar entendeu que havia risco da proposta técnica não contribuir para a seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que o edital considerou as mesmas exigências mínimas de qualificação técnica para efeito de

avaliação e pontuação da proposta técnica, tornando inócua esta etapa do procedimento, ou seja, sem condições de demonstrar a real diferença técnica entre as licitantes concorrentes. Afirmou que haveria pouca diferença entre as empresas habilitadas tecnicamente e a pontuação obtida por cada uma no resultado da proposta técnica, tornando esta fase sem relevância.

Concluiu a Instrução Preliminar pronunciando-se pela confusão entre a fase de habilitação e a fase de julgamento, em ofensa ao princípio geral das licitações públicas, conforme inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

A Instrução Posterior de fls. 105-106 enfatizou que *“mostraram-se inapropriados os critérios de avaliação das propostas técnicas utilizados, visto ser um método pertinente à fase habilitatória do certame, sobretudo valorando, por meio de fatores de pontuação, a experiência anterior da empresa, o que não assegura a obtenção da melhor contratação através da proposta mais vantajosa à Administração Contratante, ofendendo, também, os princípios da isonomia, da competitividade, da eficiência e da moralidade, consagrados pelo caput e inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal e pelo artigo 3º, da Lei nº. 8.666/93.”*

Pelo exposto, foi realizada a audiência do Responsável, que apresentou as justificativas resumidas a seguir:

O Responsável alega que se tratando de uma licitação do tipo técnica e preço para a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, as exigências dos itens especificados na proposta técnica devem ser correspondentes com os requisitos de habilitação e com objeto do certame. Essas exigências, porém, não transmudam a natureza ou as fases do procedimento licitatório. Colaciona doutrina de Hely Lopes Meirelles no sentido de que *“serviços técnicos profissionais, no consenso doutrinário, são os prestados por quem, além da habilitação técnica e profissional – exigida para os serviços técnicos profissionais em geral -, aprofundou-se nos estudos, no exercício da profissão, na pesquisa científica, ou através de cursos de pós-graduação ou de estágios de aperfeiçoamento. Bem por isso, Celso Antônio considera-os singulares, posto que marcados por características individualizadoras, que os distinguem dos oferecidos por outros profissionais do mesmo ramo.”*

Assevera que, na fase de habilitação, os licitantes apresentaram os documentos exigidos no Edital e que da mesma forma, nos termos do edital de licitação, cada um dos proponentes deverá comprovar a sua qualificação técnica para desempenho do objeto da contratação, por meio da apresentação dos documentos de capacitação técnica relacionados no edital e anexos, atingindo o

nível mínimo de capacitação que será comprovada por meio de atestado ou declaração de capacidade técnica, em grau de complexidade compatível com o objeto da contratação, em nome do proponente e/ou seus membros, demonstrando a prévia experiência na realização de uma ou mais das atividades elencadas no edital do certame.

Enfatiza que a capacidade técnica de cada um dos proponentes habilitados será analisada pela Comissão de Licitação, atribuindo-se a cada um deles uma nota técnica, que será calculada de acordo com os critérios de pontuação estabelecida no Edital e em seus Anexos e que no caso das propostas comerciais será atribuída uma nota comercial que será calculada levando em consideração os critérios de pontuação estabelecidos no edital e em seus anexos.

Assim, defende que a Administração optou pela realização de licitação do tipo técnica e preço por ser o mais utilizado para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual e também singular. Destaca que o percentual maior é para a técnica (60%), pois diante da especificidade dos serviços a serem executados, o objetivo da Administração é garantir que o vencedor do certame possua especialização profissional compatível com o objeto do certame e que o preço em percentual menor (40%) assegurará uma singular prestação dos serviços com melhor vantagem econômica para a administração, já que se fixou um valor limite para os serviços. E, ainda, que “predominou o interesse na combinação desses fatores e à juízo da administração.”

Aduz, ainda, que ao contrário do alegado pelo Representante, o instrumento convocatório não inibe a participação de escritórios especializados para a consecução do objeto do edital, uma vez que a publicidade foi atendida, tendo vários escritórios de advocacia do país retirado o edital e três de renome nacional apresentado propostas, com exceção do representante.

Concluindo, entende não haver confusão entre a fase de habilitação e julgamento e que o objeto foi identificado de forma clara e sucinta, assegurando-se o princípio da isonomia com exigências delimitadas para o fiel cumprimento dos serviços objeto do edital, na forma definida na Lei Estadual nº 15.596/11. Diz que o edital indicou de forma criteriosa a definição das propostas técnicas e comercial e a sua forma de apresentação, contendo também os critérios de julgamento e das regras de processamento do procedimento licitatório. Ao final, menciona lição de Marçal Justen Filho para embasar suas alegações.

No que tange aos critérios adotados para a pontuação da proposta técnica do item 5.1 do edital, pontuando a experiência do licitante, ratifica-se o

entendimento anteriormente exposto, no sentido de que esta situação se confunde com o conteúdo dos atestados exigidos para comprovação da experiência anterior (qualificação técnica da fase de habilitação) na forma dos subitens 4.3.4.

Entende-se que experiência anterior é quesito afeto à condição técnica de habilitação; não se prestando à avaliação da proposta técnica que deve se voltar inteiramente e objetivamente para o escopo que se pretende contratar. Desse modo, ultrapassada a fase de habilitação não há mais questionar a respeito da capacidade da proponente para realizar os serviços.

Em que pese este entendimento, verifica-se, no caso, que tais critérios não comprometem o certame uma vez que os escritórios habilitados, ou seja, capazes de atender o objeto em disputa, atingirão a pontuação máxima nos fatores de pontuação técnica que forem iguais aos requisitos de habilitação. Sem a comprovação dos requisitos a licitante será inabilitada e, logicamente, não auferirá pontos na proposta técnica.

Demais disso, a proposta técnica será avaliada por outros itens não avaliados na qualificação técnica da licitante como: assessoria prestada a vendedor e/ou comprador na obtenção de aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE 30 pontos (item 5.1, b); cópia autenticada de diploma de bacharel em direito, certificado de especialização (5 pontos), diploma de mestrado (10 pontos) e diploma de doutorado (15 pontos). O escritório deve comprovar pelo menos um advogado com título de especialista ou superior em Direito Civil, Societário, Administrativo e de Mercado de Capitais (pontuação máxima de 60 pontos equivalente ao somatório do máximo de 15 pontos em cada uma das quatro áreas do direito acima mencionadas), sendo considerado para efeito de pontuação, apenas o maior título (item 5.1, c). Situação que pode compensar a mencionada confusão entre a capacitação técnica da fase de habilitação e as exigências técnicas da fase de julgamento.

No que tange a alegação do Representante de que o fator de pontuação do item 5.1 b do edital, relacionado à assessoria prestada a vendedor e/ou comprador na obtenção de aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE restringe indevidamente a competição do certame, pode-se constatar nos autos que o Responsável busca aferir técnica e qualidade aos serviços postos em disputa, que de acordo com o item 1.1.8 do anexo I do edital, abrangem a obtenção das aprovações dos órgãos concorrenciais que eventualmente se fizerem necessários nos termos da Lei Federal nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

O fator acima também não inviabiliza a participação de licitantes que não o apresentem, o qual apenas não auferirá pontos na proposta técnica neste fator específico.

Assim, entende-se que pode ser afastada a irregularidade.

3. CONCLUSÃO

Considerando a existência de disposições editalícias que estavam a merecer maiores justificativas por parte da Administração promotora do certame;

Considerando que foi efetuada a audiência do Responsável, conforme consta nas fls. 113 a115 dos presentes autos;

Considerando as justificativas e documentos encaminhados, anexos nas fls. 116 a 308 deste Processo;

Considerando que, não existem razões que justifiquem a medida extrema de determinar a anulação do edital.

Diante do exposto, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator:

3.1. Acolher as justificativas apresentadas pelo Responsável.

3.2. Revogar a medida cautelar concedida, em razão das justificativas técnicas apresentadas pela Secretaria de Estado da Fazenda, nos termos do art. 7º, inciso I, da Instrução Normativa nº TC-05, de 1º de setembro de 2008.

3.3. Considerar improcedente a Representação apresentada, em face da demonstração da inoccorrência de irregularidades capazes de prejudicar o certame.

3.4. Determinar à Secretaria de Estado da Fazenda que, nos futuros editais, passe a motivar adequadamente as exigências relativas aos atestados de capacidade técnica, devendo tal motivação constar dos autos do procedimento.

É o Relatório.

Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, em 06 de agosto de 2012.

ANTONIO CARLOS BOSCARDIN FILHO
AUDITOR FISCAL DE CONTROLE EXTERNO

De acordo:

DENISE REGINA STRUECKER
CHEFE DA DIVISÃO

Encaminhem-se os Autos à elevada consideração do Exmo. Sr. Relator Luiz Roberto Herbst, ouvido preliminarmente o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

MARCELO BROGNOLI DA COSTA
DIRETOR

[1] FILHO JUSTEN. Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª. edição. Pág. 433.

[2] Ob. cit. pág. 438.

[3] Ob. cit. pág. 441.

[4] ALCOFORADO, Luis Carlos. *Licitação e Contrato Administrativo*, 2ª. Edição, Brasília Jurídica, p. 45.

[5] REsp 172.232/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.09.98.

[6] RESp nº 361.736 – SP. Relator Ministro Franciulli Netto, DJ 31/03/2003

[7] Resp. citado p. 5/6

[8] SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e o atestados de capacidade técnico-operacional, in “Licitações e Contratos Administrativos”, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 100-101

[9] MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 12. ed., Malheiros Editores, 1999, p. 130.

[10] **4.3.4. Qualificação Técnica:**

a) declaração firmada pelo representante legal da licitante que ateste a habilitação da equipe que integra o escritório apresentando a relação e indicação do pessoal disponível e habilitado para a prestação dos serviços objeto deste Edital, constante do seu ANEXO VI;

b) apresentação do currículo dos advogados, contendo as seguintes informações: nome do profissional; idade; títulos, instituição, ano de conclusão e registro profissional, conforme modelo disposto no ANEXO VII deste Edital;

c) apresentação do currículo do Escritório, com a indicação das suas áreas de atuação, conforme modelo disposto no ANEXO VIII deste Edital;

d) declaração de, pelo menos, um (01) cliente, atestando que o escritório de advocacia executou serviços compatíveis com o da licitação em cada uma das seguintes áreas: Direito Societário, Civil, Administrativo, Mercado de Capitais;

e) declaração de, pelo menos, um (01) ente integrante da Administração Pública Direta e/ou Indireta atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na modelagem de processo para alienação de participação acionária detida em empresa prestadora de serviços de saneamento básico, e na reestruturação societária desta;

f) declaração de, pelo menos, um (01) ente integrante da Administração Pública Direta e/ou Indireta na estruturação atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na execução de processo para alienação de participação acionária detida em empresa prestadora de serviços públicos por meio da modalidade de leilão;

g) declaração de, pelo menos, um (01) cliente atestando que o licitante prestou assessoria jurídica em processo de registro de oferta de valores mobiliários perante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, em conformidade com o exigido na legislação de mercado de capitais;

h) declaração de, pelo menos, um (01) cliente atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na realização da adaptação de estatuto social e na elaboração de acordo de acionistas de companhia aberta, como parte de processo de alienação/aquisição de participação acionária;

i) declaração de, pelo menos, um (01) ente público ou privado atestando que o licitante prestou assessoria jurídica na realização de adaptação de estatuto social e na elaboração de acordo de acionista de prestadora de serviço público, como parte de processo de alienação/aquisição de participação acionária.

[11] PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.p.39